

Rechtssache C-28/23

**Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 98 Abs. 1
der Verfahrensordnung des Gerichtshofs**

Eingangsdatum:

24. Januar 2023

Vorlegendes Gericht:

Okresný súd Bratislava III (Slowakei)

Datum der Vorlageentscheidung:

16. Januar 2023

Klägerin:

NFŠ a. s.

Beklagte:

Slovenská republika (Slowakische Republik), handelnd durch das
Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky
(Ministerium für Bildung, Wissenschaft, Forschung und Sport der
Slowakischen Republik, Slowakei)

Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky
(Ministerium für Bildung, Wissenschaft, Forschung und Sport der
Slowakischen Republik)

Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Vorabentscheidungsersuchen – Bau eines Fußballstadions – Öffentlicher
Bauftrag – Vorvertrag – Finanzhilfvereinbarung – Qualifikation eines Vertrags
als öffentlicher Auftrag – Absolute und relative Nichtigkeit des Vertrags –
Richtlinien 2004/18/EG, 2014/24/EU und 89/665/EWG

Gegenstand und Rechtsgrundlage des Vorabentscheidungsersuchens

Auslegung des Unionsrechts, Art. 267 AEUV

Vorlagefragen

1. Stellen eine Finanzhilfevereinbarung und ein Kaufvorvertrag, die zwischen einem Ministerium (dem Staat) und einem unter Umgehung der Wettbewerbsverfahren ausgewählten Privatrechtssubjekt geschlossen wurden, einen „öffentlichen Bauauftrag“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 oder Art. 2 Abs. 6 Buchst. c der Richtlinie 2014/24 dar, wenn die Finanzhilfevereinbarung eine von der Europäischen Kommission genehmigte staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV ist, der Inhalt der von der Finanzhilfevereinbarung umfassten Verpflichtungen in der Verpflichtung des Staates besteht, eine Finanzhilfe zu gewähren, sowie in der Verpflichtung des Privatrechtssubjekts, gemäß den von einem Ministerium festgelegten Bedingungen ein Bauwerk zu errichten und die Nutzung eines Teils dieses Bauwerks durch eine Sportorganisation zu ermöglichen, und die Verpflichtungen aus dem Vorvertrag eine dem Privatrechtssubjekt eingeräumte einseitige Option in Form einer Verpflichtung des Staates beinhalten, das errichtete Bauwerk zu kaufen, wobei diese Verträge einen zeitlich und sachlich zusammenhängenden Rahmen gegenseitiger Verpflichtungen zwischen dem Ministerium und dem Privatrechtssubjekt bilden?
2. Stehen Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 oder Art. 2 Abs. 6 Buchst. c der Richtlinie 2014/24 einer Regelung im nationalen Recht eines Mitgliedstaats entgegen, nach der ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt oder Zweck gegen das Gesetz verstößt oder das Gesetz umgeht oder mit den guten Sitten unvereinbar ist, absolut (d. h. von Anfang an/*ex tunc*) nichtig ist, wenn dieser Verstoß gegen das Gesetz in einem wesentlichen Verstoß gegen die Grundsätze über die Vergabe öffentlicher Aufträge besteht?
3. Stehen Art. 2d Abs. 1 Buchst. a und Art. 2d Abs. 2 der Richtlinie 89/665 einer Regelung im nationalen Recht eines Mitgliedstaats entgegen, nach der ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt oder Zweck gegen das Gesetz verstößt oder das Gesetz umgeht oder mit den guten Sitten unvereinbar ist, absolut (d. h. von Anfang an/*ex tunc*) nichtig ist, wenn dieser Verstoß gegen das Gesetz in einem wesentlichen Verstoß (Umgehung) gegen die Grundsätze über die Vergabe öffentlicher Aufträge besteht, wie es im Ausgangsverfahren der Fall ist?
4. Ist Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 oder Art. 2 Abs. 6 Buchst. c der Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen, dass diese Vorschriften *ex tunc* der Annahme entgegenstehen, dass ein Kaufvorvertrag wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Rechtsfolgen entfaltet?

Angeführte unionsrechtliche Vorschriften

Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, Art. 1 Abs. 2 Buchst. b

Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, Art. 2 Abs. 6 Buchst. c, Art. 18 Abs. 1

Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (89/665/EWG), Art. 2d Abs. 1 Buchst. a und Art. 2d Abs. 2

Urteil des Gerichtshofs vom 29. Oktober 2009, Kommission/Deutschland, C-536/07, ECLI:EU:C:2009:664, Rn. 57

Urteil des Gerichtshofs vom 10. Juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, Rn. 41, 43, 44

Urteil des Gerichtshofs vom [22. April 2022], Kommission/Österreich (Miete eines noch nicht errichteten Gebäudes), C-5[37]/19, ECLI:EU:C:2021:319, Rn. 49, 50

Angeführte nationale Rechtsvorschriften

Zákon z 26. februára 1964 č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník (Gesetz Nr. 40/1964 vom 26. Februar 1964 Zivilgesetzbuch) in geänderter Fassung (im Folgenden: Zivilgesetzbuch):

- § 39: „Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt oder Zweck gegen das Gesetz verstößt oder das Gesetz umgeht oder mit den guten Sitten unvereinbar ist, ist nichtig.“ (absolute Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts)
- § 40a: „Ergibt sich der Grund für die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts aus den §§ 49a, 140, § 145 Abs. 1, § 479, § 589 und § 701 Abs. 1, so gilt das Rechtsgeschäft als gültig, wenn derjenige, den das Rechtsgeschäft betrifft, sich nicht auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts beruft. Auf die Nichtigkeit kann sich derjenige nicht berufen, der sie selbst herbeigeführt hat. Das Gleiche gilt, wenn das Rechtsgeschäft nicht in der von den Parteien vereinbarten Form vorgenommen wurde (§ 40). Verstößt das Rechtsgeschäft gegen eine allgemeingültige Preisregelung, so ist es nur insoweit nichtig, als es gegen diese Regelung verstößt, wenn sich derjenige, den das Rechtsgeschäft betrifft, auf die Nichtigkeit beruft.“ (relative Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts)

Zákon zo 14. decembra 2005 č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (Gesetz Nr. 25/2006 vom 14. Dezember 2005 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Änderung und Ergänzung bestimmter Gesetze) in geänderter Fassung, § 1 Abs. 2 Buchst. m, § 1 Abs. 7, § 3 Abs. 3 und § 147a

Zákon z 18. novembra 2015 č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (Gesetz Nr. 343/2015 vom 18. November 2015 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Änderung und Ergänzung bestimmter Gesetze) in geänderter Fassung, § 1 Abs. 2 Buchst. c, § 3 Abs. 3, § 10 Abs. 3, § 181 Abs. 1 und § 181 Abs. 11

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrens

- 1 Die Regierung der Slowakischen Republik (im Folgenden: Regierung) erließ in den Jahren 2006 bis 2013 eine Reihe von Beschlüssen in der Absicht, in der Slowakei ein Národný futbalový štadión (nationales Fußballstadion, im Folgenden: Stadion) zu errichten, das den UEFA-Standards entsprechen sollte. Der Investor/Auftragnehmer sollte im offenen Verfahren ausgewählt werden.
- 2 Am 10. Juli 2013 erließ die Regierung, ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens oder eines Wettbewerbs den Beschluss Nr. 400/2013, auf dessen Grundlage das Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky (Ministerium für Bildung, Wissenschaft, Forschung und Sport der Slowakischen Republik, im Folgenden: Bildungsministerium) mit einer bestimmten Gesellschaft, nämlich der Gesellschaft Národný futbalový štadión, a. s. (der Rechtsvorgängerin der Klägerin, der Gesellschaft NFŠ, a. s.), ein Memorandum abschließen sollte, das die Bedingungen für die Gewährung einer Finanzhilfe und den Bau des Stadions regeln sollte. Die endgültige Fassung des Memorandums war bereits Teil des in Rede stehenden Regierungsbeschlusses. Das Memorandum o spolupráci pri realizácii výstavby a prevádzke športovej infraštruktúry „Národný futbalový štadión“ (Memorandum über die Zusammenarbeit beim Bau und Betrieb der Sportinfrastruktur „Národný futbalový štadión“ [nationales Fußballstadion], im Folgenden: Memorandum) wurde am 11. Juli 2013 unterzeichnet.
- 3 Am 15. August 2013 schlossen das Bildungsministerium und die Národný futbalový štadión, a. s., die Zmluva o podmienkach poskytnutia dotácie na výstavbu Národného futbalového štadióna (Vertrag über die Bedingungen für die Gewährung einer Finanzhilfe für den Bau eines nationalen Fußballstadions, im Folgenden: Vertrag über die Bedingungen für die Gewährung einer Finanzhilfe). Gemäß den Bestimmungen dieses Vertrags wurde innerhalb von 60 Tagen nach seinem Inkrafttreten, d. h. am 20. September 2013, eine Aufforderung zur Einreichung von Anträgen auf Gewährung einer Finanzhilfe im Bereich des Sports Nr. 2013–11- „Národný futbalový štadión“ (im Folgenden: Aufforderung zur Einreichung von Anträgen) veröffentlicht. Ausweislich dieser Aufforderung zur Einreichung von Anträgen war ausschließlich die Gesellschaft Národný futbalový štadión, a. s., als zur Einreichung eines Antrags Berechtigte benannt.
- 4 Am 21. November 2013 schlossen das Bildungsministerium und die Národný futbalový štadión, a. s., auf der Grundlage der Aufforderung zur Einreichung von Anträgen die Zmluva o poskytnutí dotácie zo štátneho rozpočtu (Vereinbarung

über die Gewährung einer Finanzhilfe aus dem Staatshaushalt). Die Finanzhilfe wurde gewährt, ohne dass eine Auswahl aus einem größeren Kreis von Interessenten getroffen wurde (unter Umgehung der Wettbewerbsverfahren), da gemäß der Aufforderung zur Einreichung von Anträgen die einzige Berechtigte die Gesellschaft *Národný futbalový štadión, a. s.*, war, wie sich dies aus dem Regierungsbeschluss Nr. 400/2013 ergibt.

- 5 Das Bildungsministerium verpflichtete sich, für die Durchführung des Projekts zur Errichtung eines Stadions eine Finanzhilfe in Höhe von 27 200 000 Euro zu gewähren.
- 6 Die Gesellschaft *Národný futbalový štadión, a. s.*, verpflichtete sich zur Kofinanzierung des Stadions in Höhe von mindestens 60 % der angefallenen Baukosten.
- 7 Am 10. Mai 2016 schloss das Bildungsministerium im Namen der Slowakischen Republik als zukünftiger Käufer mit der Gesellschaft NFŠ, a. s., als zukünftiger Verkäuferin eine Zmluva o budúcej (kúpnej) zmluve č. 0385/2016 (Vertrag über den künftigen [Kauf-]Vertrag Nr. 0385/2016, im Folgenden: Vorvertrag); in diesem Vorvertrag wurden die Bedingungen für den Abschluss des Hauptkaufvertrags über das Stadion auf Aufforderung der Gesellschaft NFŠ, a. s., festgelegt, wobei beim Verkauf die mit dem Eigentum und dem Betrieb des Stadions verbundenen Risiken auf die Slowakische Republik übergehen sollten. Einen Teil des Vorvertrags bildeten Anhänge mit detaillierten Spezifikationen der technischen Parameter und der Parameter der Materialien des zu errichtenden Bauwerks – des Stadions. Die Eigenschaften des Bauwerks wurden somit von der Slowakischen Republik, vertreten durch das Bildungsministerium, festgelegt.
- 8 Am selben Tag, d. h. am 10. Mai 2016, schlossen das Bildungsministerium und die Klägerin den Nachtrag Nr. 1 zur Finanzhilfevereinbarung, in dem sie die Möglichkeit der kostenlosen Nutzung bestimmter Flächen des Stadions durch den *Slovenský futbalový zväz* (slowakischer Fußballverband, Slowakei) ausschlossen.
- 9 Die Wirksamkeit des Vorvertrags wurde von der Erfüllung von drei Bedingungen abhängig gemacht, nämlich: 1. der Veröffentlichung der Vereinbarung im staatlichen zentralen Vertragsregister, 2. dem Erlass einer Entscheidung durch die Europäische Kommission über Bewertung der im Vorvertrag und in der Finanzhilfevereinbarung vorgesehenen Transaktionen unter dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit der staatlichen Beihilfe und 3. der Stellungnahme des *Úrad pre verejné obstarávanie Slovenskej republiky* (Amt für öffentliches Beschaffungswesen der Slowakischen Republik, im Folgenden: Úrad) als nationaler Aufsichtsbehörde für das öffentliche Auftragswesen bezüglich der Vereinbarkeit des im Vorvertrag vorgesehenen Geschäfts mit den Vergabevorschriften.
- 10 Mit dem Beschluss SA.46530 vom 24. Mai 2017 erklärte die Europäische Kommission die staatliche Beihilfe in Form der oben beschriebenen Finanzhilfe

und Verkaufsoption für mit dem Binnenmarkt im Sinne von Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV vereinbar, wodurch die zweite der oben genannten Bedingungen für das Wirksamwerden des Vorvertrags erfüllt wurde.

- 11 Was die dritte der oben genannten Bedingungen für das Wirksamwerden des Vorvertrags angeht, so gab der Úrad trotz eines Antrags des Bildungsministeriums keine verbindliche Stellungnahme ab und führte auch keine Kontrolle bezüglich des im Vorvertrag vorgesehenen Geschäfts durch, folglich genehmigte er das im Vorvertrag vorgesehene Geschäft nicht. Die Vorsitzende des Úrad übersandte lediglich eine unverbindliche Antwort in Form eines Schreibens vom 8. Juli 2016.
- 12 Folgende Gerichtsverfahren sind derzeit anhängig: 1. das Bildungsministerium und die Slowakische Republik verklagen die Gesellschaft NFŠ, a. s., auf Rückerstattung der gesamten Finanzhilfe in Höhe von 27 200 000 Euro zuzüglich Zinsen und Kosten wegen absoluter Nichtigkeit der Finanzhilfevereinbarung infolge ihrer Gesetzwidrigkeit, 2. die Gesellschaft NFŠ, a. s., verklagt das Bildungsministerium und die Slowakische Republik auf Bestimmung des Inhalts einer nicht durchsetzbaren Bestimmung des Vorvertrags, in der das Verfahren zur Berechnung des Kaufpreises des Stadions festgelegt ist, 3. die Gesellschaft NFŠ, a. s., verklagt die Slowakische Republik und das Bildungsministerium auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 48 000 000 Euro wegen Nichtabschlusses des Hauptkaufvertrags über das Stadion zu den im Vorvertrag festgelegten Bedingungen und 4. die Gesellschaft NFŠ, a. s., verklagt die Slowakische Republik und das Bildungsministerium auf Ersatz des im Zusammenhang mit dem Stadionprojekt entstandenen Schadens in Höhe von 47 349 262,73 Euro zuzüglich Zinsen und Kosten.

Wesentliche Argumente der Parteien des Ausgangsverfahrens

- 13 Die Klägerin bringt vor, dass ohne die Unterstützung des Staates in Form einer Finanzhilfe und einer Verkaufsoption der Bau des Stadions durch einen privaten Investor (die Klägerin) nicht möglich sei. Die staatliche Unterstützung für dieses Projekt habe aus zwei Instrumenten bestanden, nämlich einer Finanzhilfe, die auf der Grundlage einer Finanzhilfevereinbarung gewährt worden sei, und einer im Vorvertrag vorgesehenen Option. Der Vertrag über die Bedingungen für die Gewährung einer Finanzhilfe und das Memorandum hätten gemeinsam den rechtlichen Rahmen gebildet, der der Klägerin garantieren sollte, dass ihr die Unterstützung des Staates bei erfolgreicher Teilnahme am Verfahren der Aufforderung zur Einreichung von Anträgen gewährleistet sei.
- 14 Die Klägerin macht ferner geltend, dass sich aus dem Vorvertrag keine Verpflichtung ergebe, das Stadion zu errichten und anschließend an das Bildungsministerium zu verkaufen. Der Vorvertrag entspreche nämlich nicht der Definition eines öffentlichen Auftrags, da nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ein Vertrag nur dann als öffentlicher Auftrag gelten könne, wenn sich aus diesem Vertrag eine Verpflichtung zur Durchführung bestimmter

Arbeiten erbe, deren Erfüllung vor Gericht eingeklagt werden könne. Der Vorvertrag enthalte jedoch keine solche Verpflichtung. Die Klägerin bestreitet den entgeltlichen Charakter des Vorvertrags und argumentiert, dass Gegenstand des Vorvertrags lediglich die der Klägerin eingeräumte Option und nicht ihre Pflicht zur Vertragserfüllung sei.

- 15 Das Bildungsministerium bringt vor, dass beim Bau des Stadions gegen die Grundsätze über die Vergabe öffentlicher Aufträge verstoßen worden sei. Es ist der Ansicht, dass die Vereinbarung über die Gewährung einer Finanzhilfe aus dem Staatshaushalt gesetzwidrig sei, da die Finanzhilfe gewährt und die Vereinbarung auf der Grundlage einer Aufforderung geschlossen worden sei, die keinen Wettbewerb zwischen den um die Finanzmittel konkurrierenden Bewerbern vorgesehen habe. Daher sei die Finanzhilfvereinbarung im Sinne des § 39 des Zivilgesetzbuchs nichtig (relative Nichtigkeit).
- 16 Überdies macht das Bildungsministerium geltend, dass die Nichtanwendung der Vergabeverfahren und im Grunde genommen die Direktvergabe an die Gesellschaft NFŠ, a. s., nicht nur gegen Vorschriften des Vergaberechts, sondern auch gegen andere Rechtsvorschriften der Slowakischen Republik verstoßen habe, die die Durchführung eines Wettbewerbs vorsähen, oder die Pflicht zur sparsamen und effizienten Verwaltung öffentlicher Mittel begründeten.
- 17 Das Bildungsministerium ist der Ansicht, dass die Vereinbarung über die Gewährung einer Finanzhilfe aus dem Staatshaushalt und der Vorvertrag einen zeitlich und sachlich zusammenhängenden Komplex von gegenseitigen Rechten und Pflichten des Bildungsministeriums und der Gesellschaft NFŠ, a. s., bildeten, wodurch es gezielt zu einer Umgehung der Regelung des Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (Gesetz Nr. 25/2006 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Änderung und Ergänzung bestimmter Gesetze) in geänderter Fassung oder des Zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní (Gesetz Nr. 343/2015 über die öffentliche Auftragsvergabe) gekommen sei und sie daher von Anfang an wegen Verstoßes bzw. Umgehung des Gesetzes über die öffentliche Auftragsvergabe absolut nichtig sei.
- 18 Das Bildungsministerium vertritt die Auffassung, dass die Auswahl des Wirtschaftsteilnehmers oder des Investors im Rahmen eines transparenten Wettbewerbs hätte stattfinden müssen und dass kein bestimmtes Privatrechtssubjekt hätte bevorzugt werden dürfen.
- 19 Die Finanzhilfvereinbarung habe die Bedingungen festlegt, die das Stadion habe erfüllen müssen (es sollte ein Stadion der Kategorie 4 im Sinne der UEFA-Richtlinie sein, bestimmte Anforderungen in Bezug auf Kapazität, Ausstattung, Abmessungen, technische Parameter, Vorbereitung von Sportvertretern usw. erfüllen). Das Bildungsministerium sei Mitglied des Ausschusses gewesen, der den Bau des Stadions geleitet habe und diesen Bau überwacht habe, was ihm die Möglichkeit gegeben habe, sich zum Baufortschritt und zur Nutzung des Stadions

wie auch zu anderen Fragen betreffend den Bau, die Finanzierung sowie Analysen und Gutachten externer Berater zu äußern. Die Aufgaben und die Kontrolle des Überwachungsausschusses seien ebenfalls unmittelbar im Vorvertrag (Punkt 4.1.1 des Vorvertrags) geregelt worden.

- 20 Darüber hinaus ist das Bildungsministerium der Ansicht, dass Punkt 2.2 des Vorvertrags durch die Berechnung des Kaufpreises (einschließlich der Festlegung seiner Obergrenze) ausdrücklich eine Geldleistung vorsehe. Der Vorvertrag selbst sehe mithin ein Verfahren zur Festsetzung des Preises vor, zu dem Preis der Staat das Stadion auf der Grundlage des Hauptkaufvertrags kaufen solle. Das gesamte im Vorvertrag vorgesehene Geschäft könne also realistisch in Geld bewertet werden und es sei nicht von Bedeutung, ob der endgültige Betrag in den Hauptkaufvertrag aufgenommen werde, weil bereits aus dem Vorvertrag zweifelsfrei hervorgehe, dass die Parteien ein entgeltliches Geschäft beabsichtigten. Würde man dem von NFŠ, a. s., vorgetragenen Ansatz zur „Engeltlichkeit/Unentgeltlichkeit“ folgen, so würde dies dazu führen, dass es in der Praxis möglich wäre, jeden entgeltlichen Vertrag mittels dieser gezielten und rechtswidrigen Methode in einen unentgeltlichen umzuwandeln, indem der entgeltliche Hauptvertrag im Vorvertrag in eine Verbindlichkeit mit dem ausschließlich einer Vertragspartei (dem Bieter) zuerkannten Recht der „einseitigen Option“ zum Abschluss des entgeltlichen Hauptvertrags umgewandelt würde.

Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage

- 21 Es ist zu klären, ob (i) die Finanzhilfvereinbarung für die Errichtung eines Bauwerks, das neben kommerziellen Zwecken auch der öffentlichen Förderung des Sports dient und (ii) der zwischen dem Bildungsministerium (dem Staat) und einem Privatrechtssubjekt, das unter Umgehung der Wettbewerbsverfahren ausgewählt wurde, einen

„öffentlichen Bauauftrag“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18/EG oder Art. 2 Abs. 6 Buchst. c der Richtlinie 2014/24/EU darstellen, wenn:

- die Finanzhilfvereinbarung eine von der Europäischen Kommission genehmigte staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV ist,
- der Inhalt der von der Finanzhilfvereinbarung umfassten Verpflichtungen in der Verpflichtung des Staates besteht, eine Finanzhilfe zu gewähren, sowie in der Verpflichtung eines Privatrechtssubjekts, gemäß den vom Bildungsministerium festgelegten Bedingungen ein Bauwerk zu errichten und die Nutzung eines Teils dieses Bauwerks durch eine Sportorganisation zu ermöglichen, sowie

- die Verpflichtungen aus dem Vorvertrag die einem Privatrechtssubjekt eingeräumte einseitige Option beinhalten, die in der Verpflichtung des Staates besteht, das errichtete Bauwerk zu kaufen,
 - wobei diese Verträge einen zeitlich und sachlich zusammenhängenden Rahmen gegenseitiger Verpflichtungen zwischen dem Bildungsministerium und dem Privatrechtssubjekt bilden.
- 22 Die Parteien des Ausgangsverfahrens weisen darauf hin, dass im Schrifttum und in der Rechtsprechung nicht festgelegt sei, ob ein Verstoß gegen das Gesetz über die öffentliche Auftragsvergabe zur absoluten Nichtigkeit des Vertrags (Nichtigkeit von Anfang an – *ex tunc*) führe oder ob es sich um eine relative Nichtigkeit des Vertrags (*ex nunc*) handele.
- 23 In diesem Zusammenhang führt die Klägerin in ihrer Klage auf Bestimmung des Inhalts des Vorvertrags in Bezug auf die Festsetzung des Kaufpreises aus, dass „weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung abschließend geklärt ist, ob ein Verstoß gegen das Gesetz über die öffentliche Auftragsvergabe zur absoluten oder zur relativen Nichtigkeit des Vertrags führt“. In diesem Zusammenhang macht die Klägerin geltend, dass sich derjenige, der die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts herbeigeführt habe, nicht auf diese Nichtigkeit berufen könne (§ 40a des Zivilgesetzbuchs).
- 24 Das Bildungsministerium beantragt, die absolute Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (des Vertrags) festzustellen, da der angefochtene Vertragskomplex zu einer groben Umgehung der im Gesetz über die öffentliche Auftragsvergabe und im Unionsrecht geregelten Grundsätze über die Vergabe öffentlicher Aufträge führe.
- 25 Die nationale Rechtsprechung zu dieser Frage ist nicht einheitlich. Die Klägerin beruft sich auf die Urteile des Krajský súd v Bratislave (Regionalgericht Bratislava, Slowakei), der in Bezug auf den Verstoß gegen die Grundsätze über die Vergabe öffentlicher Aufträge das Konzept der relativen Nichtigkeit des Vertrags angewandt habe. Das Bildungsministerium beruft sich hingegen auf eine Entscheidung des Ústavný súd (Verfassungsgericht, Slowakische Republik), der einen Verstoß gegen die Grundsätze über die Vergabe öffentlicher Aufträge mit der absoluten Nichtigkeit *ex tunc* verknüpfe, und auf eine Entscheidung des Krajský súd v Bratislave (Regionalgericht Bratislava), in der das Gericht festgestellt habe, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrags, der nach dem im [Vergabe]Recht vorgesehenen Verfahren hätte vergeben werden müssen, jedoch nicht auf diese Weise vergeben worden sei, auch die absolute Nichtigkeit eines solchen Vertrags zur Folge habe.
- 26 Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob Art. 2d Abs. 1 Buchst. [a] und Art. 2d Abs. 2 der Richtlinie 89/665 einer Regelung im nationalen Recht eines Mitgliedstaats entgegenstehen, nach der ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt oder Zweck gegen das Gesetz verstößt oder das Gesetz umgeht oder mit den guten Sitten unvereinbar ist, absolut (d. h. von Anfang an/*ex tunc*) nichtig ist, wenn

dieser Verstoß gegen das Gesetz in einem wesentlichen Verstoß (Umgehung) gegen die Grundsätze über die Vergabe öffentlicher Aufträge besteht.

ARBEITSDOKUMENT